

珠海市建筑工程合同纠纷案件法律大数据分析 with 风险防控

白  
皮  
书



北京市京師（珠海）律師事務所×珠海市建築業協會聯合發布

二〇二一年一月

北京市京師（珠海）律師事務所版權所有



## 前言

随着国民经济的不断发展，大型基建项目不断开拓和建设，建筑业也获得了蓬勃发展。建筑业是推动实体经济发展的的重要组成部分，也是提高人民幸福感和幸福指数的引擎，而建设工程合同纠纷存在标的额大、法律关系复杂、审理期限长的特点，作为建工企业面对此类纠纷，需要考虑如何规范企业运营、把控和化解风险，最终达到以最小的成本获得最大的收益。

北京市京师（珠海）律师事务所通过对中国裁判文书网上公布的 2020 年广东省珠海市所有建筑工程合同纠纷案件的裁判文书进行分类、整理、分析，对建筑工程合同纠纷案件的基本情况、产生原因、争议焦点等进行总结，并形成本书，旨在为珠海市建筑工程合同纠纷案件的现状进行全面地了解。并结合相关司法实务和理论观点，对更好的有效的解决建筑工程合同纠纷提出法律风险防控建议，为双方提供借鉴和参考。

本书以 2020 年 12 月 31 日 24 时为时间节点在中国裁判文书网以及 alpha 案例库获得的上网裁判文书为统计数据来源，由于裁判文书的实时更新、上传滞后性等因素影响，致使各地法院实际审结案件数量与其上传公布案件数量不一致，故本书对于数据分析的结果可能与实际情况存在一定差异。

本报告系北京市京师（珠海）律师事务所一体化团队整理、撰写，团队按照“公司模式”运作，由律所统一运营、统一管理、统一服务，形成业务能力互补和一体化的新型组合，围绕战略目标打造满足客户需求的法律服务产品。

您在阅读过程中如有疑问与建议，或其他法律服务需求，请联系北京市京师（珠海）律师事务所客户服务部：0756-8812662、0756-8812686，13318950629（手机与微信同号）。



## 目录

一、珠海市建筑工程合同纠纷案件检索分析.....	1
（一）检索条件.....	1
（二）检索结果.....	1
二、珠海市建筑工程合同纠纷案件可视化数据分析.....	1
（一）区域分析：区域分布较为分散.....	1
（二）审级分析：服判息诉率较低.....	2
（三）案由分析：建设工程施工合同纠纷居多.....	2
（四）律师聘用分析：综合聘用率高.....	3
（五）标的额分析：以涉诉标的额在 50 万元以下的案件为主.....	3
（六）常见争议焦点分析：多数纠纷会涉及工程款.....	4
（七）审理期限分析：主要集中在 180 天内审结.....	5
（八）终审结果分析：.....	5
（九）高频实体法分析：法律适用较为集中.....	7
三、基于发包方的法律风险防控建议.....	8
（一）发包方常见法律风险.....	8
1. 合同无效风险.....	8
2. 合同内容不明确或者有漏洞风险.....	9
3. 未按照规定履行义务风险.....	9
4. 应当招标未招标致使合同无效.....	9
5. 投标人数不足未进行再招标.....	9
（二）风险防范建议.....	10
1. 完善发包人建设工程合同管理体系.....	10
2. 建立发包人建设工程合同法律风险评价系统.....	10
3. 风险转移防控法.....	10
4. 转包、违法分包风险的防范与对策.....	10
（1）强化分包合同管理.....	11
（2）采用内部承包模式.....	11
（3）采用材料采购+劳务分包+项目管理结合方式.....	11
（4）约定擅自转包或违法分包违约金条款.....	11
四、基于承包方的风险防控建议.....	11
（一）承包方常见法律风险.....	11



1. 合同签订和履行方面风险.....	11
(1) 合同条款存在瑕疵.....	11
(2) 合同风险转移条款不完善.....	12
(3) 合同缺少第三方介入风险条款.....	12
(4) 发包人资信因素.....	12
(5) 工程分包风险.....	12
(6) 工作人员执行不力.....	12
2. 技术与环境方面的风险.....	12
(1) 地质地基条件.....	12
(2) 水文气象条件.....	12
(3) 施工准备.....	12
(4) 设计变更或图纸供应不及时.....	12
(5) 技术规范.....	13
(6) 施工组织设计.....	13
(7) 施工技术水平.....	13
3. 经济方面的风险.....	13
(1) 招标文件.....	13
(2) 要素市场价格、材料设备供应.....	13
(3) 国家政策调整.....	13
4. 缺乏法律知识、违反或规避法律法规强制性规定的风险.....	13
(二) 风险防控建议.....	14
1. 提升合同风险意识.....	14
2. 签订合同应守法遵章.....	14
3. 及时办理签证手续并保留签证单等变更资料.....	14
4. 重视合同谈判，争取有利的合同条款.....	15
5. 做好履约过程管控.....	15
6. 充分重视采购合同管理.....	15
7. 保留相关证据.....	16
8. 高度重视工程质量、工期管理、安全管理.....	16
9. 及时办理验收手续、结算手续并保留相关证据.....	17
五、基于挂靠行为的风险防控建议.....	17
(一) 挂靠行为常见法律风险.....	17
1. 挂靠协议无效.....	17



2. 建设工程施工合同无效.....	18
3. 债务风险.....	18
4. 税务风险.....	18
5. 劳动用工风险.....	18
(二) 风险防控建议.....	19
1. 严格管理、严格审查.....	19
2. 严格被挂靠企业公司及项目印章管理.....	19
3. 加强施工合同的管理.....	20
4. 强化财务、税收管理.....	20
5. 明确中途接管的情形和法律责任.....	20
六、附录.....	21
(一) 建筑工程合同纠纷案件适用法律新旧对照表.....	21
七、结语.....	29



## 珠海市建筑工程合同纠纷案件

### 法律大数据分析 with 风险防控白皮书（2020）

#### 一、珠海市建筑工程合同纠纷案件检索分析

##### （一）检索条件

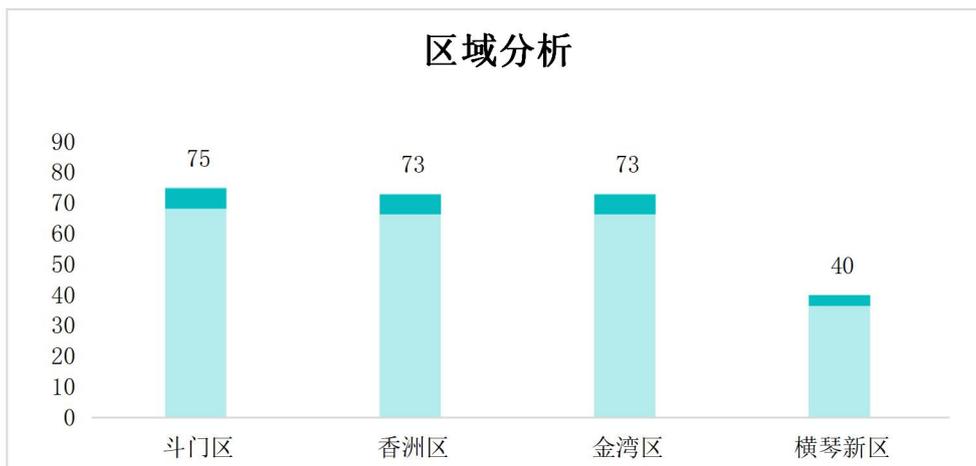
1. 数据来源：中国裁判文书网、alpha 案例库
2. 地域范围：珠海市
3. 案件类型：民事-建筑工程合同纠纷案件
4. 文书类型：判决书
5. 时间区间：2020 年 1 月 1 日—2020 年 12 月 31 日 24 时
6. 关键词：珠海市、建筑工程合同纠纷、判决书、全文公开

##### （二）检索结果

根据上述条件进行检索，综合上述数据库，一共检索到民事判决书 286 份。其中：一审判决书 206 份，二审判决书 80 份。以上数据于 2020 年 1 月 6 日从上述数据库获取。

#### 二、珠海市建筑工程合同纠纷案件可视化数据分析

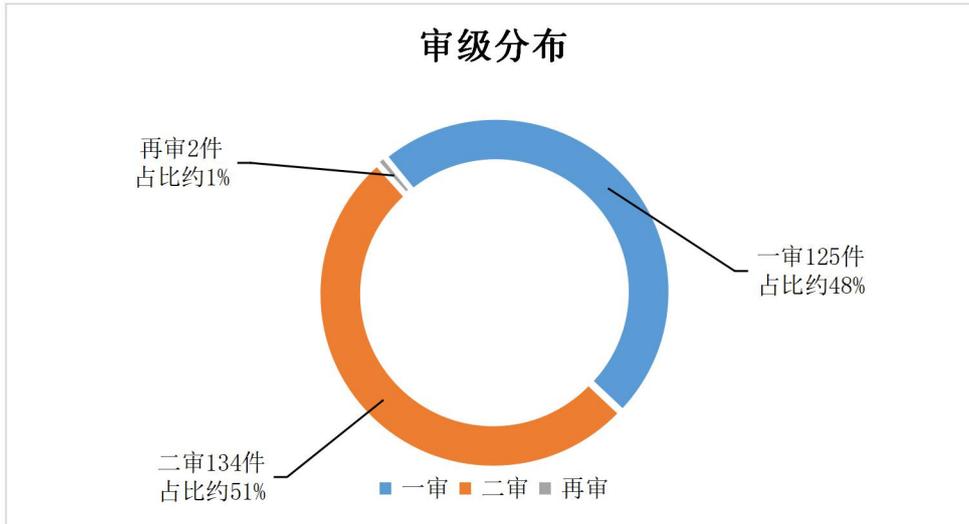
##### （一）区域分析：区域分布较为分散



通过分析数据得知，本报告样本的区域分布情况为：斗门区 75 件；香洲区 73 件；金湾区 73 件；横琴新区 40 件。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷区域分布较为分散，斗门区、香洲区和金湾区三区都是建设工程合同纠纷的多发区域，而且三个区域的建设工程合同纠纷数量相近。珠海市建筑工程合同纠纷案件的区域分布情况与珠海市的城市建设和珠海市建设工程项目的数量分布情况较符合，反映出建设工程合同纠纷案件数量与建设工程项目数量呈正相关关系，并且也会受到城市建设规划的影响。

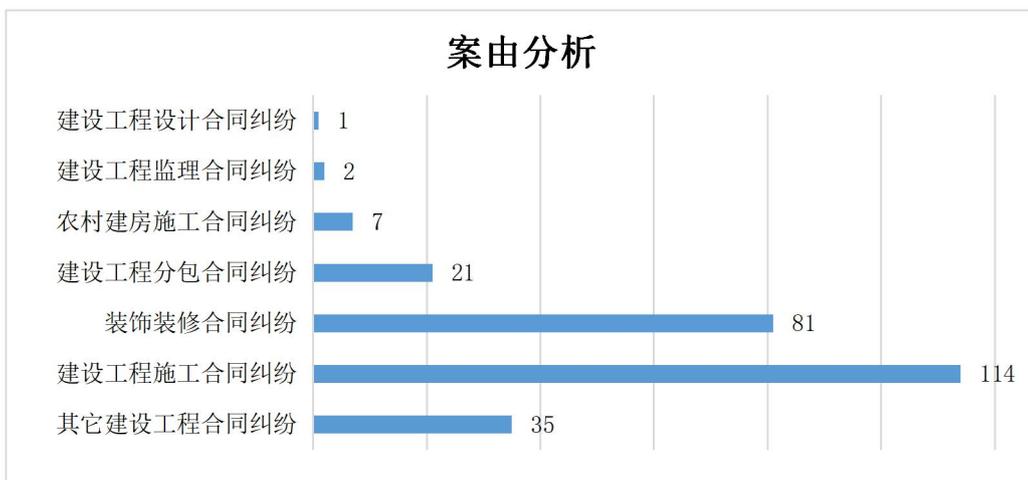
## （二）审级分析：服判息诉率较低



通过分析数据得知，本报告样本中：一审终审案件有 125 件，占比约 48%；二审终审案件 134 件，占比约 51%；再审案件 2 件，占比约 1%。

总体上看，在案件数量上，二审终审案件占比最高，相比一审终审案件高出 3 个百分点，相比再审案件高出 50 个百分点。反映出珠海市建设工程合同纠纷案件的服判息诉率较低，在实务中，有超过半数的纠纷进入二审程序。

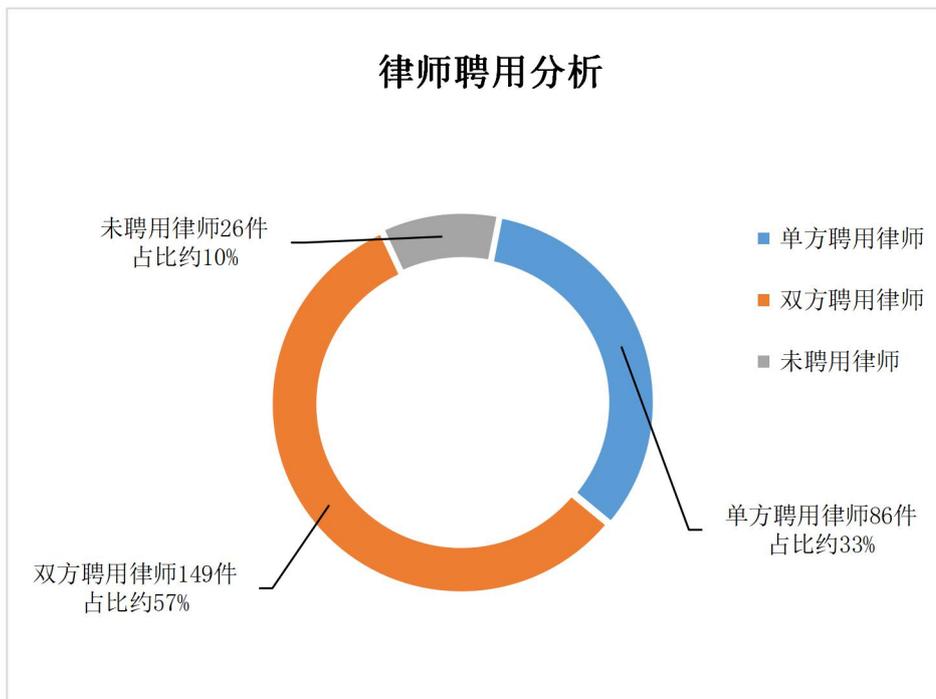
## （三）案由分析：建设工程施工合同纠纷居多



通过分析数据得知，本报告样本中：建设工程设计合同纠纷有 1 件；建设工程监理合同纠纷有 2 件；农村建房施工合同纠纷有 7 件；建设工程分包合同纠纷有 21 件；装饰装修合同纠纷有 81 件，建设工程施工合同纠纷有 114 件，其它建设工程合同纠纷有 35 件。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷中以建设工程施工合同纠纷居多，其次是装饰装修合同纠纷，二者相加占比约 75%。反映出，建设工程合同纠纷主要集中于施工合同纠纷和装饰装修合同纠纷之中，在建设工程中，与“施工”或“装饰装修”相关的矛盾更为多发。

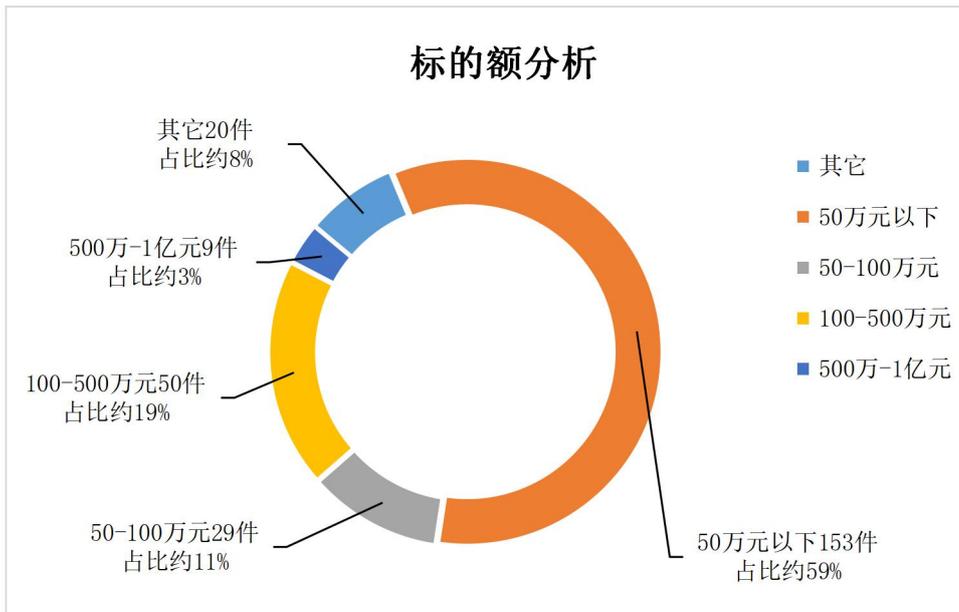
#### （四）律师聘用分析：综合聘用率高



通过分析数据得知，本报告样本中：单方聘用律师的案件有 86 件，占比约 33%；双方均聘用律师的案件有 149 件，占比约 57%；未聘用律师的案件有 26 件，占比约 10%。

总体上看，律师综合聘用率（任意一方有聘用律师）高，约为 90%。这反映出多数珠海市建设工程合同纠纷的诉讼案件都有律师介入，多数当事人选择聘用律师作为诉讼代理人，律师的介入可以有效的提高办案效率，更全面的为当事人争取合法权益。

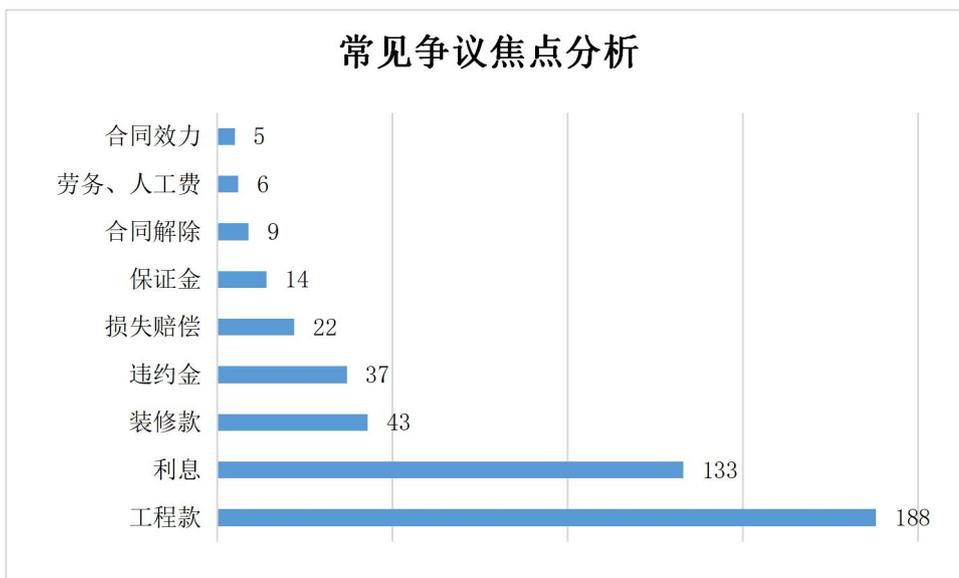
#### （五）标的额分析：以涉诉标的额在 50 万元以下的案件为主



通过分析数据得知，本报告样本中：标的额在 50 万元以下的案件有 153 件，占比约 59%；标的额在 50 万元至 100 万元之间的案件有 29 件，占比约 11%；标的额在 100 万元至 500 万元之间的案件有 50 件，占比约 19%；标的额在 500 万元至 1 亿元之间的案件有 9 件，占比约 3%；其它有 20 件，占比约 8%。

总体上看，标的额在 50 万元以下的案件居多，占比约 59%，反映出珠海市建设工程合同纠纷的涉诉标的额总体并不高，但也有一部分为高标的额案件。

### （六）常见争议焦点分析：多数纠纷会涉及工程款

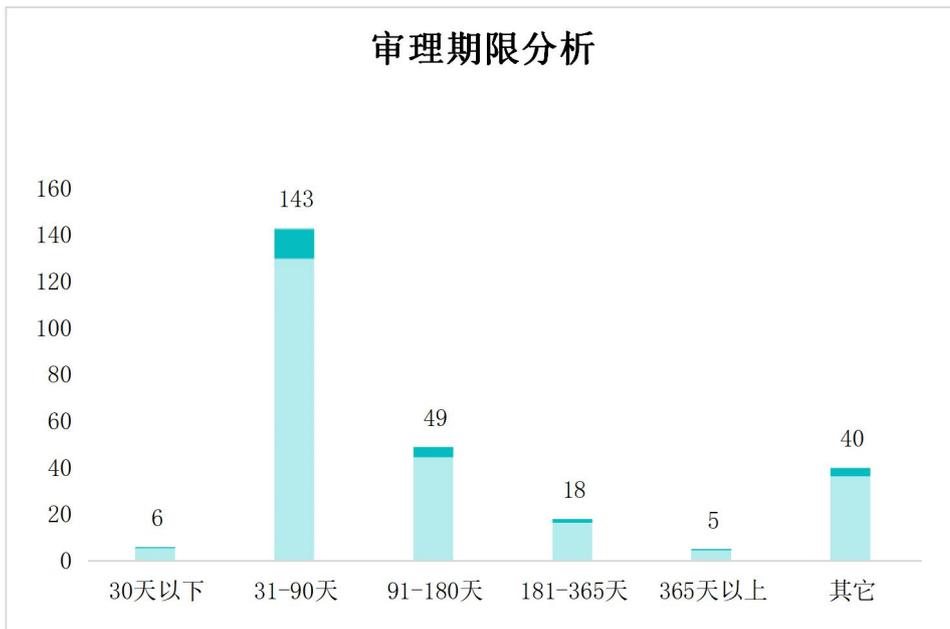


通过分析数据得知，本报告样本中：涉及“合同效力”的纠纷有 5 件；涉及“劳务、人工费”的纠纷有 6 件；涉及“合同解除”的纠纷有 9 件；涉及“保证金”的纠纷有 14 件；涉及“损失赔偿”的纠纷有 22 件；涉及“违约金”的纠纷

有 37 件；涉及“装修款”的纠纷有 43 件；涉及“利息”的纠纷有 133 件；涉及“工程款”的纠纷有 188 件。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷中，涉及“工程款”的纠纷居多，其次是涉及“利息”的纠纷和涉及“装修款”的纠纷。这反映出，各类工程款项及其利息是建设工程合同纠纷中常见的争议焦点，七成以上案件的当事人是围绕着“工程款”在诉讼中进行博弈。

### （七）审理期限分析：主要集中在 180 天内审结

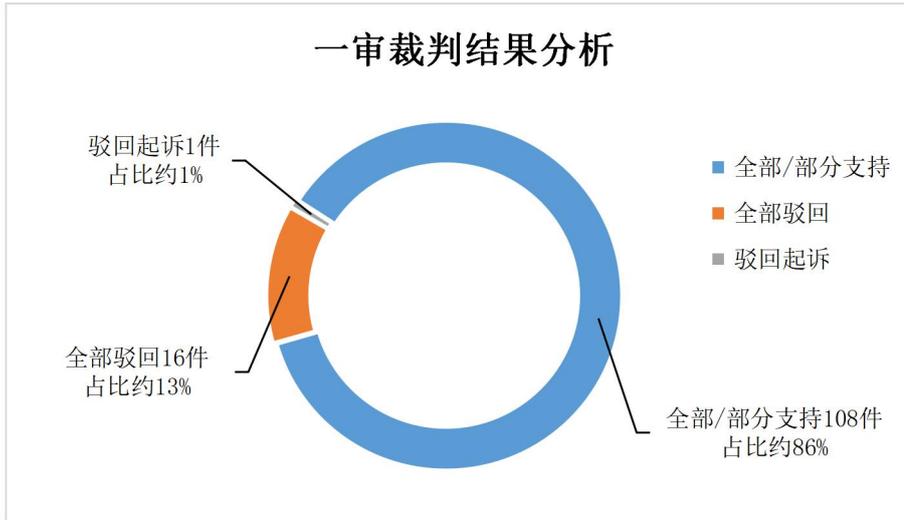


通过分析数据得知，本报告样本中：审理期限在 30 天以下的案件有 6 件，占比约 2%；审理期限在 31 天至 90 天之间的案件有 143 件，占比约 55%；审理期限在 91 天至 180 天之间的案件有 49 件，占比约 19%；审理期限在 181 天至 365 天之间的案件有 18 件，占比约 7%；审理期限在 365 天以上的案件有 5 件，占比 2%；其它有 40 件，占比约 15%。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷案件的审理期限在 30 天至 90 天之间的居多。且一审案件的审理期限一般不超过六个月，审理期限在 180 天以内的案件有 198 件，占比约 76%。这反映出珠海市建设工程合同纠纷案件的审结效率较高，多数案件能在半年内得到解决，符合相关法律要求。

### （八）终审结果分析：

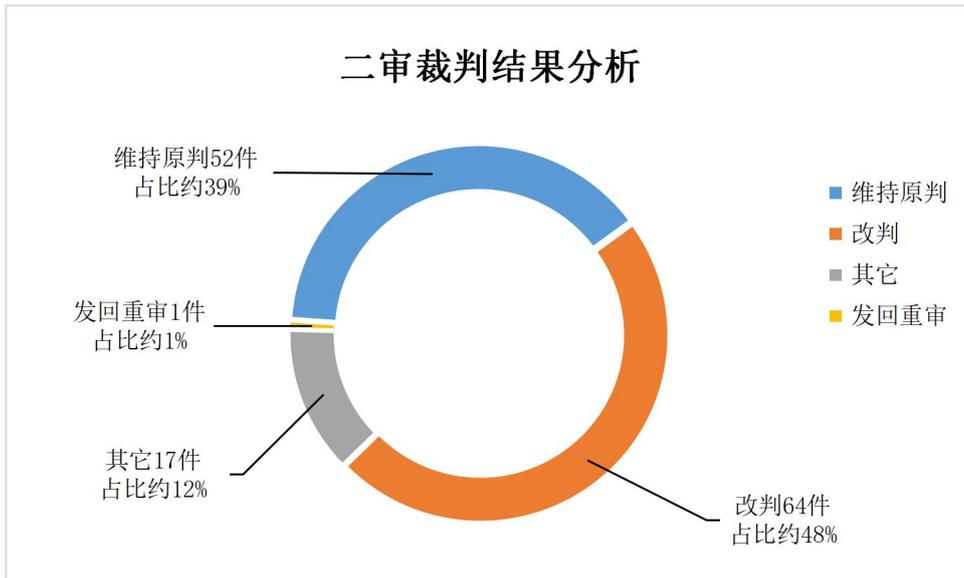
#### 1. 一审裁判结果分析：原告诉求的综合支持率较高



通过分析数据得知，本报告样本的一审裁判结果中：原告诉求被全部或部分支持的案件有 108 件，占比约 86%；原告诉求被全部驳回的案件有 16 件，占比约 13%；驳回起诉的案件有 1 件，占比约 1%。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷的一审案件中，原告诉求的综合支持率高，约 86% 的原告诉求能得到法院的全部支持或部分支持。

## 2. 二审裁判结果分析：改判率适中



通过分析数据得知，本报告样本的二审裁判结果中：法院维持原判的案件有 52 件，占比约 39%；法院改判的案件有 64 件，占比约 48%；法院发回重审的案件有 1 件，占比约 1%；其它裁判结果的案件有 17 件，占比约 12%。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷的二审案件中，法院改判率适中，将近半数上诉案件在二审中得到改判。

### （九）高频实体法分析：法律适用较为集中

序号	法规名称	引用频次
1	中华人民共和国合同法第一百零七条	135
2	中华人民共和国合同法第六十条	115
3	中华人民共和国合同法第一百零九条	66
4	中华人民共和国合同法第八条	64
5	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第十七条	56
6	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第二条	50
7	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第十八条	35
8	中华人民共和国合同法第五十二条第五项	35
9	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第十一条	32
10	中华人民共和国合同法第六十条第一款	31
11	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第一条第一项	27
12	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第一条	25
13	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第二十六条	24
14	中华人民共和国合同法第二百六十九条	21
15	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第二十六条第二款	14
16	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）第二十四条	14
17	中华人民共和国合同法第一百一十四条	13

18	中华人民共和国合同法第五十八条	12
19	中华人民共和国合同法第五十二条	12
20	最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释第十六条	11

通过分析数据得知，本报告样本中，《中华人民共和国合同法》第一百零七条“违约责任”、第六十条“严格履行与诚实信用”和第一百零九条“金钱债务的违约责任”被引用的次数最多，分别是 135 次、115 次和 66 次。

总体上看，珠海市建设工程合同纠纷案件中被高频引用的实体法基本来自：《中华人民共和国合同法》、《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》。这反映出，建设工程合同纠纷能凭借现有法律法规得到解决，做到了有法可依，根据以上法律法规可以良好的解决大部分建设工程合同纠纷。

此外要注意的是，《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》（法释[2004]14号）和《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）》（法释〔2018〕20号）已经在 2021 年 1 月 1 日失效，被吸收合并进《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）中。

### 三、基于发包方的法律风险防控建议

#### （一）发包方常见法律风险

##### 1. 合同无效风险

国家通过发布大量的法律法规，制定国家标准来维护建筑市场，保证工程的安全可靠。主要涉及到招标、投标、施工、安全等很多的方面，这些法律法规充分地保障了各个阶段的规范进行，并且在这些工程的进行中进行了充分的监督活动。而建筑工程合同中的发包人作为其中的主体之一，这些规范对其也有着很大的约束。例如《建筑法》中就有明确的规定，要求发包人在对建设项目发包的过程中实施总的承包，不能把工程分解成几个阶段进行发包，否则将承担很多的法律责任。

并且，若发包人在发包过程中违反一些强制性规定，那么他代表所签订的合同有极大的可能被判断无效，发包人如果在被相关部门要求整改后没有进行整改活动或者没有按照要求整改，只是象征性整改一下以通过相关法律法规的检查，那么合同也将会被认为无效。

## 2. 合同内容不明确或者有漏洞风险

合同是双方在项目进行过程中共同遵守的一个合约，它是用来规定双方拥有何种权利并且需要履行哪些义务的一个约定。而任何一方违反到合同中的规定，都有可能造成合约失效的后果。若合同里面的内容不明确或者存在一些漏洞，那么一些违规行为将无法进行处理，或者导致一些约定不能执行，比如一些建筑工程合同规定项目部的一些比较重要的管理人员，承包商不能换掉，如果承包商自作主张换掉的话，会负有违约责任。如果合同约定的定义不够完善，容易造成误解，那么发包人将没有办法对承包商达到约束的目的，并且此时发包人可能会承担一定的法律风险。

## 3. 未按照规定履行义务风险

在建筑工程项目执行的过程当中，因没有按照合同规定履行合同义务，对于发包人来说是极其容易产生法律风险。如果没有在规定的时间内向承包商提供相关的项目资料，致使建筑工程发生意外事件，发包人承担法律风险。而对于一些工程的中间阶段的验收，如果发包人没有在规定的时间去验收，并且没有提交申请要求延期，那么将自动默示认为发包人已经同意。因此，如果产生法律风险以及项目过程中质量等一些问题，发包人承担法律风险。

## 4. 应当招标未招标致使合同无效

建筑工程项目的招标是通过国家的相关法律法规来进行招标。对于一些必须依法招标的工程来说，如果发包人没有进行招标，会违反相关的法律法规，合同自始无效。若发包人根据规定进行招标，然后通过正规途径进行确定承包商，可以防止一些违法行为发生，否则，发包人将承担不必要的法律后果。发包人通过正规的方法和途径进行招标，可以有效保护双方的权利，促进义务履行，反之，发包人在建筑工程合同执行过程中就会存在很多法律风险。

## 5. 投标人数不足未进行再招标

发包人在选择承包商的时候，对承包商应该进行深度的考察和对比，一些大

型的项目需要有经验并且技术能力较强的承包商，如果投标人数较少，没有明显的对比，那么在此时选择的承包商不一定能完成工程，导致一系列的法律后果。并且在投标人数不足的时候，根据相关的法律法规，发包人应该进行重新招标，如果没有进行重新招标，就已经违反了相关的法律规定，需要承担法律后果。

## （二）风险防范建议

### 1. 完善发包人建设工程合同管理体系

一个完整的管理体系能够让发包人通过前期的一些工作减少法律风险，在签订合同的时候一定要遵从完善内部的审批制度，让合同的签订符合标准的要求，这样就可以避免因为有人随意签订或者履行合同而给企业带来风险；另外，还需要对于合同的文本进行保存，建立档案管理制度。保证任何阶段的合同都有存档，避免当意外发生的时候因为合同丢失而给自己带来不必要的损失。最后就是在履行合同的时候突发一些违约的事件，这时候就需要有条不紊地展开对策，防止损害继续扩大。

### 2. 建立发包人建设工程合同法律风险评估系统

建立法律风险评估系统能够减少法律风险，有效地控制法律风险发生的概率。这实际上就是通过对一系列数据的收集、统计、分析已经识别出的法律风险，并且计算这些法律风险出现的概率，为能够具有针对性地解决问题事先提供了一些参考的依据，防患于未然，防止突发事件到来时手足无措现象的发生。

### 3. 风险转移防控法

法律风险具体的防控方法包括：消极规避法、积极预防法、成本控制法以及风险转移法。消极规避法指的是因为担心可能会发生的法律风险从而采用一些消极的措施避免风险产生。但是，虽然避免了风险产生，消极的解决措施也可能对于合同造成影响，所以一般不建议使用此种方案。例如，不与人签约等。积极预防法也就是积极地采取一些预防措施来降低法律风险发生的可能性。比如，在签约之前调查对方的违约率，等等。这种方法能够有效地避免风险的发生。成本控制法就是把可能出现的风险纳入成本，损失发生的时候用利润抵消或者是建立专项的风险基金。风险转移法就是把承担风险主体转移给其他主体，比如通过转让、保险等方式。因为这种方式对自己造成的损害最小，而且可以使利益最大化，所以此种方式被使用的最多。

## 4. 转包、违法分包风险的防范与对策

### （1）强化分包合同管理

明确禁止转包和再分包的条款，建立合同管理台账，对工程项目合同进行签订合同、履行合同、合同索赔等全过程动态监督。

### （2）采用内部承包模式

采用总公司与分公司或项目部之间的内部承包模式。总公司和分公司之间的内部承包模式是指总公司承包建设工程后，并不实际履行建设工程合同的权利义务，而是将承包的全部建设工程任务转给下属的分公司承包的行为。《公司法》规定，公司可以设立分公司。分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。这种内部承包方式，不具有非法转包或分包的法律属性，不属于《建筑法》、《合同法》等法律法规所禁止的转包或违法分包行为，从法律上讲不存在违法问题，这种做法只是公司内部工作分工，属于公司经营策略的范畴。

### （3）采用材料采购+劳务分包+项目管理结合方式

这种方式实际上是将非法转包、分包合同分为如下两个合同：一是建筑材料委托采购合同，总包单位将建设工程的材料全部委托给转包、分包的承包人采购；二是将建筑劳务合法地分包给有劳务资质的企业完成。两个合同标的加起来就是该建设工程的所有工作。由于将施工任务分解为材料和劳务两部分，分别签订合同，比较隐蔽，但这种方式仍存在风险，如同时发现两个合同存在，还是能定性出来非法转包或分包。

### （4）约定擅自转包或违法分包违约金条款

发包人有权在合同中约定，如果承包人擅自转包或违法分包，发包人有权解除合同，并由承包人按违约金的标准赔偿损失。

## 四、基于承包方的风险防控建议

### （一）承包方常见法律风险

#### 1. 合同签订和履行方面风险

##### （1）合同条款存在瑕疵

建筑工程合同的合同条款不全面、不完善，合同文字不细致、不严密，致使合同存在比较严重的漏洞，或者合同存在着单方面的约束性，过于苛刻的责权利不平衡、不平等条款。

## （2）合同风险转移条款不完善

建筑工程合同内没有约定或者不完善的风险转移的担保、索赔、保险等相应条款。

## （3）合同缺少第三方介入风险条款

建筑工程合同内缺少因第三方影响造成工期延误或经济损失的条款。

## （4）发包人资信因素

发包人履约能力差，由于发包人经济情况变化，无力支付工程款，或者发包人信誉差，不诚实，有意拖欠工程款。

## （5）工程分包风险

由于选择分包商不当，分包合同有漏洞，条款出现差错、矛盾等，会遇到分包商违约，不能按质按量按时完成分包工程，致使影响整个工程进度或发生经济损失。特别是发包人指定的分包商。

## （6）工作人员执行不力

合同履行过程中，发包人驻工地代表或监理工程师工作效率低，不能及时解决问题或付款，或者发出错误指令。或施工企业的项目管理人员对项目的管理制度执行不力，管理不到位，或工作安排指挥错误和过失，导致不能全面履行合同，发生工程质量安全事故或其它事故。

## 2. 技术与环境方面的风险

### （1）地质地基条件

一般工程发包人提供一定的地基条件，往往这些条件与实际情况出入很大，建筑工程承包方在施工时可能会引起超挖、超填，处理特殊地质情况如流沙，或遇到其他障碍物和文物都会增加工作量和拖长工期。

### （2）水文气象条件

主要表现在异常天气出现，如风暴、特大暴雨、洪水、泥石流、坍方等不可抗力的自然现象，都会造成工期拖延和损失。

### （3）施工准备

由于工程发包人提供的施工现场有隐患或通水通电和交通等准备不足，带来承包人不能做好施工前准备工作，给工程开工后造成后遗症。

### （4）设计变更或图纸供应不及时

设计变更会影响承包人的施工安排,从而带来一系列问题。设计图纸供应不及时,会导致施工进度延误,造成承包人窝工。

#### (5) 技术规范

特别是标准技术规范以外的特殊工艺,往往由于发包人要求不合理或过于苛刻,而建筑工程合同中事先没有这方面的约定。

#### (6) 施工组织设计

施工组织设计包括施工方法选择,施工进度计划,施工设备选择,劳动力安排,施工组织设计的缺陷和漏洞。这些都对工程造价和工期有着极大影响。

#### (7) 施工技术水平

由于承包人承揽了与自己技术能力不太适应的工程项目,不能及时解决所遇到各类技术问题,或者是施工机械某些不配套或维修条件差等。

### 3. 经济方面的风险

#### (1) 招标文件

招标文件是投标的主要依据,特别是投标者须知、设计图纸、工程质量要求、合同条款以及工程量清单都潜在着经济风险,承包方必须仔细分析研究。

#### (2) 要素市场价格、材料设备供应

要素市场包括劳动力市场、材料市场、设备市场,这些市场价格变化直接影响着工程承包价格。材料设备供应风险主要表现为发包人供应的材料或设备质量不合格,或供应不及时。

#### (3) 国家政策调整

主要是国家对工资、税种、税率调整,可能会导致承包方的工程造价款超出预算。

### 4. 缺乏法律知识、违反或规避法律法规强制性规定的风险

部分承包方由于对施工合同相关的法律法规不了解,对相关规定执行不力,如对工程变更和时效等相关法律规定不熟悉,这样会产生不利的法律后果或严重的经济损失。部分承包方在承包建筑工程合同,进行工程施工的过程中可能会违反或规避法律法规强制性规定,导致追究法律责任,承担法律后果。如有的业主由于缺少资金或根本没有建设和开发资金,比如有的房开公司在未中标和签订施工合同前,要求施工企业借资垫资,往往出现阴阳合同、抽斗协议等,有的施工

企业或项目经理为急于承接工程就提前投入大量资金，有的提前进场施工，这种情况，一旦发生纠纷往往因违反法律规定而得不到法律有效的支持和保护，带给施工企业很大的风险。

## （二）风险防控建议

### 1. 提升合同风险意识

合同风险是客观存在的，风险不可怕，可怕的是不重视风险、不知道有风险、不了解其危害性、存在侥幸心理。防控风险事关参与合同项目的每一个人，风险管理贯穿合同谈判、评审、签订、履行的全过程。合同承包方考虑问题应系统全面、对待风险事项应边界可控、处理工作要有始有终。

对合同中的义务性条款，承包方应树立红线意识，对合同义务要有能力承担，履行过程要受控，对可能的不良后果应在承受范围内。对合同中的权利性条款，应建立兑现意识，知悉权利实现所需要的条件，并及时达成这些条件，确保合同权利应能够并及时实现。

施工过程中，若发现施工合同有些内容未约定明确或出现遗漏或发生重大误解，而这会给承包方带来不利，应及时与合同相对方协商解决方案，并签订书面补充协议。在施工时及时与合同相对方进行解决这些问题，若待施工完毕再去签订补充协议，可能存在一定困难和风险，所以发现问题要及时解决，并书面落实，这才能较好维护承包方自身的合法权益，控制风险。

### 2. 签订合同应守法遵章

承包方应事前核实合同方的企业合法性和经营合法性，核实签约人资格，核实工程项目的真实性和合法性。不超越企业营业范围和资质范围承揽业务，承包合同中的非主体部分需要分包时应在合同中约定或经发包方同意。应合法分包，应将专业工程或劳务分包给有资格的单位，不分包给个人，不转包。合同条款的约定不损害第三方利益，不损害社会公共利益，不违反法律法规。

应严格执行企业关于合同管理的相关制度，严格执行法人授权管理要求，严格进行合同评审、法律审核、流程审批，有效防范合同签约风险。

### 3. 及时办理签证手续并保留签证单等变更资料

在建设工程施工合同履行过程中，若发包方进行了设计变更或由于施工需要进行工程量增加，或工期需要调整等，则应注意在签证单上让发包方或建设单位、

监理单位及时签章，尤其注意在当时就要履行这些手续，不要等施工结束了再让办理签证手续，因为施工结束后，发包方或建设单位、监理等可能就不那么积极了，有的甚至故意推脱不办，这就会导致给承包方以后的结算及维权等带来不利。签证可能决定该项目利润的高低，所以要特别重视，加强管理。

#### 4. 重视合同谈判，争取有利的合同条款

要使风险因素限定在可控、可接受范围，在合理范围内争取权利最大化。条款约定应明确可行，不要模棱两可，不能产生歧义。尽量使用政府部门、行业协会、企业制订的合同示范文本。对合同评审、法律审核、合同审批过程中提出的意见和建议要充分重视。以平等的心态与对方进行合同谈判，提前做好功课，找准依据和理由，讲方法讲策略，态度坚决、据理力争。

#### 5. 做好履约过程管控

承包方项目经理应知悉合同内容，建筑工程项目参与人员应知悉与其工作相关的合同约定。在履约过程中，应及时正确行使合同权利，尽职尽责承担合同义务，避免违约，避免违法违规和责任事故。

工程过程资料应齐全完整并妥善保存，建立收发资料台账，重视对中标通知书、图纸、招投标文件等合同附件的存档。要及时确认工作量，保证签证索赔的时效性。要建立工程收支和债权债务台账，及时结算、及时收款、及时进行成本决算。要做好债权保护，对逾期未收款及时催收，并保存催款的证据材料。

在施工过程中，还要处理好工程预付款及其扣回比例、时间问题，进度款支付时间及与进度工程量的关系问题，进度款停止支付的时间与进度工程量关系等问题。若进度款支付不到位，应及时书面催款，亦可运用先履行抗辩权（发包方未依约支付前次进度款，则后面的施工可暂停，待进度款依约支付后再继续施工的权利）等权利要求发包方依约付款，维护自己合法权益。

#### 6. 充分重视采购合同管理

主材、分包采购应进行招标或比质比价，选择可靠的供方，在预算范围内控制好采购成本。工程主材、主要机械要自行采购、租赁，不能转包给劳务分包方。分包业务要真实，做到“三流统一”。权利义务要清晰明确，合理转移承包合同风险。控制资金支付节点，尽量保证收支平衡。施工过程中，要做到按时发放农民工工资，否则，会带来工期、质量等问题，影响到合同履行，影响合同目的

实现及利益保障。同时，发放工资的证据亦需保存好，以证明履行了义务。

## 7. 保留相关证据

承包方进场后要摄像保留已进场的视频（视频中最好能证明拍摄时间），并给发包方发书面通知告知其已经进场可以开工，并保留发送通知的证据（用EMS发通知，且邮件底单上要加盖邮戳并注明某承包方发给某发包方已进场某工地可开工的通知）。这样做的目的是证明承包方已经进场了，如果因为发包方的原因导致不能按时开工，保留该方面的证据可以为承包方以后的索赔提供依据。同时承包方要保留开工通知，在建设工程施工合同中，很多的合同约定开工时间以监理或发包方的开工通知为准。为正确计算工期，需保留好该证据，以维护承包方利益。

## 8. 高度重视工程质量、工期管理、安全管理

质量、工期与造价是建设工程的三座大山。不管施工合同是否有效，工程质量是解决有关问题的“分水岭”。根据《中华人民共和国民法典》第七百九十三条规定：“建设工程施工合同无效，但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。

建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：

（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；

（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。

发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。”

所以即便施工合同无效，但若承包方建设工程质量合格，则仍有权要求发包方参照合同关于工程价款的约定折价补偿，故承包人要高度重视工程质量控制，方能取得预期的履约效果。承包方还要严格工期管理，确保按时完工，否则，会承担工期违约的责任，会给自身带来损失，甚至是巨额的经济赔偿责任。

并且，承包方建设工程施工安全问题非常重要，为此承包方要加强安全管理，否则，可能会出现人身伤亡事故。尽管如此，仍有可能出现工伤等意外事故，出现事故动辄几十万甚至上百万的赔偿或者一定期限的停工，会给承包方带来巨额的经济损失，所以，在开工之前，施工单位应为其所有施工人员（含农民工）

投保工伤保险，或投保雇主责任险等商业保险，以尽量转移风险，避免巨额经济损失。

### 9. 及时办理验收手续、结算手续并保留相关证据

施工完毕，具备竣工验收条件时，承包方应及时书面提请发包方（建设单位）、总包等进行验收，以便早日办理结算，早日拿到剩余工程款。若发包方不及时组织验收，可通过多次发书面催告函的方式催促验收，且要注意保留催告的相关证据，比如保留微信、EMS 邮寄底单（EMS 底单上要盖邮戳并注明是某承包方催告某单位验收某工程）等。

工程竣工验收合格后，承包方要及时安排将施工相关资料如签证单等汇总并进行初步的核算，然后催促发包方进行结算，并注意保留催告的相关证据，比如微信、邮寄底单或摄像视频等。若有的发包方故意拖延不予结算，则在几次书面催告无果后，可向工程所在地人民法院提起民事诉讼解决，有的承包方一直等发包方进行结算，而发包方就是拖延不予结算，其目的是不支付剩余工程款，故等待只能带来更大的损失，提起诉讼后，可以申请人民法院委托第三方中介机构进行造价鉴定，以解决工程总造价的问题。承包方要更正发包方不结算就不能提起诉讼的错误认识，及时维护己方的合法权益。

## 五、基于挂靠行为的风险防控建议

### （一）挂靠行为常见法律风险

#### 1. 挂靠协议无效

根据《建筑法》第二十六条：禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。同时根据《中华人民共和国民法典》第一编第六章第三节的相关规定，法律明文禁止建筑施工企业借用资质给其他单位或者个人，因此挂靠者与被挂靠者之间签订的《挂靠协议》因违反了法律强制性规定属于无效合同。

同时，根据《中华人民共和国民法典》第一百五十七条规定：“民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。”

因此，在挂靠协议无效的情况系下，被挂靠者需要返还挂靠者向其缴纳的“管理费”，如果双方因此协议无效而遭受了损失，那么就根据双方的过错承担相应的责任。

## 2. 建设工程施工合同无效

据新出台的《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号）第七条：缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

根据《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》（法释〔2020〕25号），出借方（被挂靠者）的责任明显增大了，也就是说，不管发包方是否明知对方的挂靠行为，出借方（被挂靠者）和借用方（挂靠者）都要对工程质量不合格造成的承担连带责任，也即发包人要求挂靠者或被挂靠者的任意一方承担赔偿责任。

## 3. 债务风险

现实生活中，被挂靠者的风险其实更大。因为除了工程质量不合格的法律风险外，被挂靠者还需承担挂靠者拖欠工程款、拖欠供应商款项等风险，例如挂靠者以被挂靠者的名义与第三人签订的采购合同，挂靠者拖欠采购款时，向第三人还款的义务由被挂靠者来承担。

这是由合同的相对性决定的。由于签订合同的主体是被挂靠者和第三人，所以即使实际经营和运作的是挂靠者，仍由被挂靠者承担对第三人债务的风险。

## 4. 税务风险

挂靠者虽然是以被挂靠者的名义承揽工程，但由于其是自主经营、自负盈亏，所以实际上挂靠者和被挂靠者各自有各自的账簿，彼此独立进行会计核算，最终挂靠者向被挂靠者递交内部会计报表，由被挂靠者向税务机关进行统一纳税申报。在此过程中，挂靠者为了偷税漏税，可能会提交虚假会计报表给被挂靠者，如果被税务机关查到偷税漏税的问题，即使偷税漏税的是挂靠者，最后的行政处罚甚至刑事处罚都是由被挂靠者来承担。

## 5. 劳动用工风险

根据《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）的规定，建筑施工、矿山企业等用人单位将工程（业务）或经营权发包给不具备用工主体资格的组织或自然人，对该组织或自然人招用的劳动者，由具备用工主体资格的发包方承担用工主体责任。即挂靠人若不采取规范的劳务分包，招用的零散劳动者发生工伤等安全事故，将由被挂靠人承担用工主体责任。

## （二）风险防控建议

### 1. 严格管理、严格审查

建议建筑公司对挂靠人（实际施工人）的资信进行审查，选择信誉好、实力强、有良好合作经历的挂靠人作为内部承包人，且选择运营正常且业绩良好的法人企业作为内部承包人。

严格管理与挂靠人所签订的挂靠性质的《合作协议》、《内部承包协议》等，明确约定挂靠人应当承担的法律责任条款。加强对挂靠人（实际施工人）的管理，对实际施工所承包工程的价值、工期及质量进行监管，对于价值较小，前期评估风险较大的工程项目，主动予以放弃。对正式施工的项目，避免出现工期延误或质量不合格等情形；要求实际施工人严格按照安全规范施工，避免发生安全事故；对实际施工人的材料、设备款项支付进行跟踪，避免出现逾期付款的行为；对农民工工资的支付进行监督，避免发生欠薪、农民工上访事件。

要求挂靠人（实际施工人）提供人保或物保，缴交相应数额的保证金，为实际施工人在合同项下的债务承担连带担保责任，以增强实际施工人的履约担保，避免实际施工人怠于履行合同或出现无力赔偿的情形。若实际施工人为自然人，更要同时要求其提供运营正常，经营业绩较好的企业法人作为担保。

### 2. 严格被挂靠企业公司及项目印章管理

分公司所有印章的刻制，均由公司统一负责，并在工商行政管理部门和公安机关登记备案。印章刻制后由公司指派专人到分公司负责管理印章，或者由分公司指定专人管理印章，公司和承包人签订印章使用协议。

监督分公司完善印章使用制度，严格落实“盖章必须审批备案”的制度，做到有据可查。（书面合同一式多页，要加盖骑缝章，防止合同内容被换页；正文末尾与落款盖章处距离不宜太远，空白处要注明“此处无正文”或用斜线划掉，防止合同被篡改或印章被利用。）

分公司原则上只使用一个公章。确需再刻制公章的，在公章上明确授权。

坚决杜绝私刻公章，若发现有伪造（或私刻）印章的情况，应当及时向公安机关报案，立即收回假印章及所有已经使用该假印章的文件资料，除进行内部处罚追责外，并向有关关联方书面发函通知，在全国性报纸上发布公告声明作废。

### 3. 加强施工合同的管理

挂靠合同签订后，应当加强施工合同的管理，让挂靠人时刻提高安全防范意识，同时从工期、施工质量等涉及工程施工的多方面进行监督，以确保挂靠人能按期、按质完成工程。

对于分公司而言，在分公司承包经营期间，公司应当加强对分公司合同（包括劳动合同）的管理，掌握分公司合同存在的法律风险，设定分公司签订合同金额风险的上限。对于分公司的重大合同或超过限定金额的合同，应当由公司同意后以公司名义签订。

### 4. 强化财务、税收管理

在承包经营期间，分公司的财务报表需要和公司的财务报表合并，一些税种需要通过公司缴纳。公司要对分公司的财务、税收高度重视，进行日常监督。对于承包人经营分公司期间，单独项目的进度款超拿时，不得投入别的亏损项目。分公司添置的资产和积累的利润，公司要依据财务、税收制度和承包合同，与承包人协商作出妥善的处置。约定属于公司的财产，应当直接进入分公司的账目并和公司账目合并。

### 5. 明确中途接管的情形和法律责任

建议在承包合同中约定，分公司或承包人出现哪些情形，公司可以接管分公司，明确中途接管的法律后果和接管的程序、资产和利润的清算等。此外，公司还要在承包期间密切注意分公司的经营状况，维护公司和分公司的利益和形象。

## 六、附录

### （一）建筑工程合同纠纷案件适用法条新旧对照表

建筑工程合同纠纷案件适用法条新旧对照表		
	原法条	修订后法条
1	<p>中华人民共和国合同法</p> <p><b>第一百零七条</b>：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p><b>第五百七十七条</b>：当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。</p>
2	<p>中华人民共和国合同法</p> <p><b>第六十条</b>：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。</p> <p>当事人应当遵循<b>诚实信用原则</b>，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p><b>第五百零九条</b>：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。</p> <p>当事人应当遵循<b>诚信原则</b>，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。</p> <p><b>当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。</b></p>
3	<p>中华人民共和国合同法</p> <p><b>第一百零九条</b>：当事人一方未支付价款<b>或者</b>报酬的，对方可以<b>要求</b>其支付<b>价款或者报酬</b>。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p><b>第五百七十九条</b>：当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息，<b>或者不履行其他金钱债务</b>的，对方可以<b>请求</b>其支付。</p>

<p>4</p>	<p>中华人民共和国合同法 第八条：依法成立的合同，对当事人具有法律约束力。<b>当事人应当按照约定履行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。</b> 依法成立的合同，受法律保护。</p>	<p>中华人民共和国民法典 第四百六十五条：依法成立的合同，受法律保护。依法成立的合同，仅对当事人具有法律约束力，<b>但是法律另有规定的除外。</b></p>
<p>5</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号） 第十七条：当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照<b>中国人民银行发布的同期同类贷款利率</b>计息。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号） 第二十六条：当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理。没有约定的，按照<b>同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率</b>计息。</p>
<p>6</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号） 第二条：建设工程施工合同无效，<b>但建设工程经竣工验收合格，承包人请求参照合同约定支付工程价款的，应予支持。</b></p>	<p>中华人民共和国民法典 第七百九十三条：建设工程施工合同无效，<b>但是建设工程经验收合格的，可以参照合同关于工程价款的约定折价补偿承包人。</b> <b>建设工程施工合同无效，且建设工程经验收不合格的，按照以下情形处理：</b> <b>（一）修复后的建设工程经验收合格的，发包人请求承包人承担修复费用；</b> <b>（二）修复后的建设工程经验收不合格的，承包人无权请求参照合同关于工程价款的约定折价补偿。</b></p>

		<p><b>发包人对因建设工程不合格造成的损失有过错的，应当承担相应的责任。</b></p>
7	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号）</p> <p>第十八条：利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：</p> <p>（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；</p> <p>（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；</p> <p>（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第二十七条：利息从应付工程价款之日<b>开始</b>计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：</p> <p>（一）建设工程已实际交付的，为交付之日；</p> <p>（二）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；</p> <p>（三）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。</p>
8	<p>中华人民共和国合同法</p> <p>第五十二条第五项：违反法律、行政法规的强制性规定。</p>	<p><b>已删除</b></p>
9	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号）</p> <p>第十一条：因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，应予支持。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第十二条：因承包人的原因造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建，发包人请求减少支付工程价款的，<b>人民法院</b>应予支持。</p>

10	<p>中华人民共和国合同法</p> <p><b>第六十条</b>第一款：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p><b>第五百零九条</b>第一款：当事人应当按照约定全面履行自己的义务。</p>
11	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号）</p> <p>第一条第一项：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据<b>合同法第五十二条第（五）项</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第十九条：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据<b>民法典第一百五十三条第一款</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的</p>
12	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释[2004]14号）</p> <p>第一条：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当根据<b>合同法第五十二条第（五）项</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的；</p> <p>（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第一条：建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据<b>民法典第一百五十三条第一款</b>的规定，认定无效：</p> <p>（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；</p> <p>（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；</p> <p>（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。</p> <p><b>承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款</b></p>

		及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。
13	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释〔2004〕14号）</p> <p>第二十六条：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。</p> <p>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院<b>可以</b>追加转包人或者违法分包人为本案当事人。<b>发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。</b></p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第四十三条：实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。</p> <p>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院<b>应当</b>追加转包人或者违法分包人为本案第三人，<b>在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</b></p>
14	<p>中华人民共和国合同法</p> <p>第二百六十九条：建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。</p> <p>建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p>第七百八十八条：建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。</p> <p>建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。</p>
15	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释〔2004〕14号）</p> <p>第二十六条第二款：实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院<b>可以</b>追加转包人或者违法分包人为本案当事人。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第四十三条第二款：实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院<b>应当</b>追加转包人或者违法分包人为本案第三人，<b>在查明发包人欠付转包人</b></p>

	<p>发包人只在欠付工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>	<p>或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>
<p>16</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（二）（法释〔2018〕20号）</p> <p>第二十四条：实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第四十三条：<b>实际施工人以转包人、违法分包人为被告起诉的，人民法院应当依法受理。</b></p> <p>实际施工人以发包人为被告主张权利的，人民法院应当追加转包人或者违法分包人为本案第三人，在查明发包人欠付转包人或者违法分包人建设工程价款的数额后，判决发包人在欠付建设工程价款范围内对实际施工人承担责任。</p>
<p>17</p>	<p>中华人民共和国合同法</p> <p>第一百一十四条：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。</p> <p>约定的违约金低于造成的损失的，<b>当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加</b>；约定的违约金过分高于造成的损失的，<b>当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少</b>。</p>	<p>中华人民共和国民法典</p> <p>第五百八十五条：当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。</p> <p>约定的违约金低于造成的损失的，<b>人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加</b>；约定的违约金过分高于造成的损失的，<b>人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少</b>。</p>

	<p>当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。</p>	<p>当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。</p>
18	<p>中华人民共和国合同法 第五十八条：合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。</p>	<p>中华人民共和国民法典 第一百五十七条：民事法律行为无效、被撤销或者确定不发生效力后，行为人因该行为取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方由此所受到的损失；各方都有过错的，应当各自承担相应的责任。法律另有规定的，依照其规定。</p>
19	<p>中华人民共和国合同法 第五十二条：有下列情形之一的，合同无效： （一）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益； （二）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益； （三）以合法形式掩盖非法目的； （四）损害社会公共利益； （五）违反法律、行政法规的强制性规定。</p>	<p>已删除</p>

20	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（法释〔2004〕14号）</p> <p>第十六条：当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，<b>工程价款结算参照本解释第三条规定处理。</b></p>	<p>最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）（法释〔2020〕25号）</p> <p>第十九条：当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。</p> <p>因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方法或者计价标准结算工程价款。</p> <p>建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，<b>依照民法典第五百七十七条规定处理。</b></p>
----	---	--

## 七、结语

北京市京师（珠海）律师事务所对珠海市建筑工程合同纠纷案件整体状况、诉讼双方基本状况、案件标的额、案件各类型基本状况与代理律师、胜败诉、争议焦点等案件信息进行了分析及总结后发现，当前建筑工程合同纠纷中建设工程无资质施工、挂靠施工、层层转包等违法现象依然普遍存在。装饰装修，尤其是因家庭装饰装修工程引发的纠纷呈逐年上升趋势，且案件法律关系复杂、专业性强，参与主体行为不规范，导致案件事实查明难度大。

期望通过本白皮书对建设单位、施工单位及家庭装饰装修工程发包人、实际施工人等参与主体均能提供有效的信息及指引，进而规范经营行为，防范法律风险，期望能帮助法律服务从业人员及时把握建设工程合同纠纷的司法裁判尺度，为纠纷当事人提供专业且可信赖的法律服务。

由于案例数据样本本身存在一定的局限性，如有些案例主体信息、诉讼请求等信息缺失；数据样本本身不够多；再加上本书撰写时间紧张，可能会导致分析结果与客观情况存在一定的误差。因此，本书仅供参考之用，不作为处理法律事务的标准。我们将进一步致力于数据研究，研发更加智能的分析方法，用数据来诠释法律。



北京市京师（珠海）律师事务所  
BEIJING JINGSHI LAW FIRM ZHUHAI OFFICE

### 珠海市建筑业协会

珠海市建筑业协会是珠海市境内从事建筑业相关行业的企事业单位、教育科研机构、自愿结成并经珠海市民政局注册登记，具有法人资格的非盈利性、地方性、行业性的全市性社会组织。

1998年5月21日经市民政局批准成立。珠海市首批5A级行业协会。现有团体会员单位505家，设理事会和监事会。现有专职工作人员15人。协会理事会的日常办事机构为协会秘书处。内设“一室三部”即：综合办公室、质量管理部、行业发展部、培训鉴定部；下属单位有珠海市建筑装饰分会、建筑产业化分会、珠海市建协建筑培训中心、珠海市建设行业特殊工种职业技能鉴定站。协会成立了党支部和工联会。

本协会自成立以来，始终以邓小平理论、三个代表重要思想、科学发展观为和习近平新时代中国特色社会主义思想为指导，以“提供服务、反映诉求、规范行为”为宗旨，不断加强自身建设，积极发挥行业协会自身的功能作用，在行业内树立了良好的社会声誉。2013年协会被珠海市委社会工作部评为珠海市“十佳社会组织”。同时被市民政局评为“社会组织规范建设示范点”。2015、2017年荣获“全国建筑行业先进协会”、2016、2018、2020年荣获“广东省建筑行业先进协会”称号。

### 北京市京师（珠海）律师事务所

2019年10月28日，北京市京师（珠海）律师事务所（以下简称“京师珠海”）正式获批成立，落户“浪漫之城”珠海。京师珠海是京师国内第42家办公室，也是京师在粤港澳大湾区第3家办公室。

京师珠海始终秉承“以律师为本，以客户为中心”的建所理念，坚持高起点、高层次、高规格的服务标准，深度把握“一带一路”与“粤港澳大湾区”的双重战略机遇，广泛结合珠澳融合发展的新机制、新模式、新业态，推动京师品牌共建、共用、共享、共生。

新时代、新阶段、新机遇，京师珠海将朝着规模化、专业化、品牌化、国际化、电商化方向不断改革，与京师总部及各分所密切合作，再创辉煌，充分发挥珠海优势，用法律的力量与智慧支持湾区建设，和湾区一同成长。

京师律师事务所依托自身强大的全球网络体系，先进的管理体制以及专业化的团队作业模式，广泛采用基于大数据和移动互联网等新兴技术，不断整合各种资源，为境内外企业、机构和个人提供专业化、全方位的法律服务。

## 北京市京师（珠海）律师事务所

【官方网址】

[www.jingshzh.com](http://www.jingshzh.com)

【联系邮箱】

[jingshizhuhai@163.com](mailto:jingshizhuhai@163.com)

【联系电话】

0756-8812662、0756-8812686

【联系地址】

珠海市香洲区银湾路 1663 号珠海中心大厦 15 层



以律师为本，以客户为中心